

L'abus de droit

Comparaisons franco-suisses



Publications de l'Université de Saint-Étienne

L'abus de droit : une notion sans histoire ?

L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du XX^e siècle

Pascal ANCEL – Claude DIDRY

1 – Contrairement à ce qu'on observe en droit suisse, la notion d'abus de droit n'est pas consacrée d'une manière générale par un texte en droit français. Elle apparaît aujourd'hui, pour l'essentiel, comme une notion doctrinale et jurisprudentielle rattachée aux principes généraux du droit. Lorsqu'on cherche à en cerner les origines, on est conduit d'abord à se pencher sur la doctrine du début du XX^e siècle. Cette époque, en effet, a été marquée en France par une extraordinaire floraison d'écrits doctrinaux sur l'abus de droit : trop souvent réduite à la seule controverse entre Planiol et Josserand, la question suscite plusieurs thèses¹ et nombre d'articles dans les grandes revues de l'époque².

2 – Les auteurs de cette époque soulignent volontiers le caractère brutal de cette « explosion » de la notion d'abus de droit, mais, en même temps ils cherchent à la raccorder à un processus historique ancien. Ainsi, dans une chronique publiée au premier numéro de la *Revue trimestrielle de droit*

1 – E. Porcherot, *De l'abus de droit*, thèse Dijon, Librairie J. Venot, 1901 ; L. Josserand, *L'abus des droits*, Paris, A. Rousseau, 1905 ; Reynaud, 1906 ; Vallet, *L'exercice fautif des droits*, Poitiers, 1907 – adde la thèse de Bosc, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, Montpellier, 1900, qui aborde la question de l'abus de droit à propos de la définition de la faute civile.

2 – R. Saleilles, « De l'abus de droit », rapport présenté à la première sous-commission de révision du Code civil, *Bulletin de la société d'études législatives*, t. 4, pp. 325-350, 1901 ; Ripert, « L'exercice des droits et la responsabilité civile », *Rev crit* 1905, p. 352 ; M. Desserteaux, « Abus de droit ou conflits de droits », *Rev trim dr civ.* 1906, p. 119, 1906 ; E.H. Perreau, « Origine et développement de la théorie de l'abus de droit », *Revue générale du droit*, t. 37, pp. 481-507.

civil, en 1902, Charmont³, rendant compte de deux thèses où il est question de l'abus de droit (dont celle de Porcherot), écrit :

ce qui frappe inévitablement, lorsqu'on étudie cette question de l'abus de droit, c'est la place toujours plus grande qu'elle tend à prendre dans les préoccupations des juristes – et c'est aussi que cette place, elle l'a prise depuis peu de temps. Il y a dix ou quinze ans, on en parlait à peine : depuis lors les cas d'application se sont multipliés.

Mais, un peu plus loin, l'auteur ajoute :

Il ne faut cependant pas s'y tromper, la doctrine de l'abus de droit n'est pas nouvelle, elle a des origines lointaines : on la retrouve partout et dans toutes les législations.

L'auteur cependant, n'apporte aucune preuve, et les historiens modernes nous apprennent qu'il n'a existé, ni en droit romain, ni dans l'Ancien droit, de véritable théorie de ce qu'on appelle abus de droit, même si l'idée que l'exercice d'un droit avec la volonté de nuire à autrui se trouve parfois évoquée⁴. L'affirmation de Charmont procède d'un souci de légitimer la notion, de montrer qu'elle n'est pas une pure invention de la doctrine de son époque⁵. Et c'est dans le même esprit que les auteurs du début du siècle cherchent à « raccrocher » la notion à la jurisprudence du XIX^e siècle. Ainsi, pour Porcherot, « la théorie de l'abus de droit est avant tout une création de la jurisprudence »⁶.

3 – Il faut singulièrement corriger cette approche. La notion d'abus de droit est en réalité apparue très tardivement, à la fin du XIX^e siècle, dans le droit positif français, en liaison avec certains mouvements sociaux et les innovations légales qui les ont suivis (I). Mais c'est la doctrine qui, au tournant du siècle, a permis sa cristallisation et son intégration définitive dans le droit français (II).

3 – « L'abus de droit », *Rev trim dr civ t. 2n*, pp. 113-125.

4 – Voir à ce sujet Roland et Boyer, *Adages du droit français*, à propos de « *Summum jus, summa injuria* ».

5 – Dans le même sens C. Jamin, « Typologie des théories juridiques de l'abus, Concurrence », *Revue n° 92*, juillet-août 1996, p. 7 s.

6 – Porcherot, thèse précitée, p.

I – L'apparition de la notion d'abus de droit dans le droit français du XIX^e siècle

4 – Il est assez difficile de mesurer la place exacte tenue par la notion d'abus de droit dans la jurisprudence française du XIX^e siècle. En effet – et c'est en soi très significatif – les termes « abus de droit » n'apparaissent nullement à cette époque dans les tables des recueils de jurisprudence ou des encyclopédies juridiques. Avant 1890, seule est présente la référence à la règle « *neminem loedit qui suo jure utitur* » mais qui, en tant que telle, ne fait pas l'objet de développements doctrinaux particuliers⁷. Une rapide recherche effectuée sur les différentes éditions de ce qui est aujourd'hui devenu *l'Encyclopédie Dalloz de droit civil* montre que la notion d'abus de droit n'a fait l'objet d'une rubrique qu'à partir de 1947 – même si la matière était déjà traitée en 1924 dans le cadre de la rubrique « *Responsabilité civile* ». On est donc contraint, pour connaître la jurisprudence du XIX^e siècle en la matière, de la rechercher à partir des références données par les auteurs eux-mêmes au début du XX^e siècle. Or la lecture des décisions citées convainc aisément que ces auteurs y ont mis ce qu'ils voulaient y mettre, les ont lues à travers le prisme de la notion qu'ils mettaient alors en place (A). Ce n'est en réalité qu'à partir de la loi de 1890 sur la résiliation unilatérale du contrat de travail que la notion d'abus de droit fait son entrée en droit français (B).

A – La jurisprudence du XIX^e siècle

5 – Parmi les décisions citées par les auteurs du début du XIX^e siècle à propos de la notion d'abus de droit, les plus nombreuses sont relatives à la responsabilité du propriétaire qui cause un dommage à un voisin ; mais, parmi ces décisions, une seule, en réalité, se rattache à ce que nous appelons aujourd'hui abus de droit ; c'est la célèbre affaire de la « fausse cheminée », ayant donné lieu à un arrêt de la Cour d'appel de Colmar en 1855, arrêt où l'idée d'abus de droit, à défaut de la notion explicite, est incontestablement présente⁸. Les autres décisions citées sont relatives à des

7 – Thèse précitée p. 17.

8 – Colmar 2 mai 1855, DP 1856, 2, 9.

hypothèses très différentes où le propriétaire, dans le cadre de l'exploitation même parfaitement normale de son fonds, crée des inconvénients pour ses voisins. Cette situation, correspondant à ce que nous appelons aujourd'hui les « troubles anormaux de voisinage » apparaît dans certains arrêts dès le début du XIX^e siècle⁹. Elle donne lieu en 1844 au célèbre arrêt Derosne rendu par la cour de cassation sous la présidence de Portalis, qui admet par principe que l'exploitation d'une usine, même autorisée, peut entraîner la responsabilité de son auteur si les inconvénients qu'elle provoque « excèdent la mesure des obligations ordinaires du voisinage »¹⁰. Cette décision se situe sur un terrain très différent de ce que nous appelons aujourd'hui l'abus de droit ; elle cherche plutôt à instaurer un équilibre entre les droits et les obligations des propriétaires voisins.

6 – C'est sans doute plus dans d'autres domaines qu'on trouve des décisions où la notion d'abus de droit est présente, au moins de manière implicite. Ainsi, on peut relever un arrêt rendu par la cour de cassation en 1857 qui condamne un père qui s'opposait de manière abusive aux relations de ses enfants avec son grand-père¹¹. On peut également citer les nombreuses décisions qui, à la fin du XIX^e siècle, statuant sur une demande de dommages-intérêts formée contre un plaideur, affirment que « la défense en justice est un droit dont l'exercice ne dégénère en faute pouvant donner lieu à des dommages intérêts que s'il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi ou au moins une erreur grossière équipollente au dol »¹². Mais si la formule évoque celle qui sera retenue plus tard pour caractériser l'abus du droit d'agir, il faut remarquer que ces arrêts ne se réfèrent pas explicitement à cette notion, alors même qu'ils interviennent à une époque où la théorie commence à prendre corps en doctrine.

9 – Cass 11 juillet 1826 (S 1826, 1, 389) à propos d'exhalaisons provenant d'une usine chimique.

10 – Civ 27 novembre 1844, DP 1845, 1, 14 – adde dans la même affaire : Req 20 février 1849 : S 1849, 1, 346.

11 – Cass. Civ 8 juillet 1857, D1857, 1, 273 – sur l'abus de droit en droit de la famille, V infra le texte de A. Gouttenoire-Cornut et M.-C. Rivier.

12 – V par exemple Civ 5 février 1894 : D 1896, 1, 241.

Il semble donc vraiment excessif d'affirmer que la notion d'abus de droit est une création de la jurisprudence du XIX^e siècle. En réalité, même si on en découvre quelques traces, c'est la doctrine qui, a en quelque sorte « récupéré » *a posteriori* les quelques décisions antérieures pour donner l'impression d'un corpus jurisprudentiel préexistant. Ici comme ailleurs, la jurisprudence est très largement le produit d'une construction doctrinale¹³.

B – La question de la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée

7 – Dans ce travail de construction, c'est, plutôt que la jurisprudence sporadique du XIX^e siècle, la loi du 27 décembre 1890 réglementant la résiliation unilatérale du contrat de travail qui a servi de déclencheur. En effet, cette loi porte en elle les ambiguïtés qui se traduiront ensuite à un niveau plus général dans la notion d'abus de droit.

La loi de 1890 trouve son origine dans le souci du législateur de répondre aux congédiements massifs qui, à l'époque, répondent aux grandes grèves qui paralysent les chemins de fer. La brutalité de ces manifestations du pouvoir de l'employeur, proche d'un pouvoir absolu, avait suscité, dès la naissance de la III^e République, la protestation des cheminots et l'indignation des parlementaires. Ces mouvements ont amené un travail législatif d'une vingtaine d'années, ponctué de grèves et des congédiements. Les pratiques des compagnies de chemins de fer ne sont pas cependant l'unique facteur déterminant de l'élaboration de la loi de 1890 ; il faut aussi tenir compte d'un revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation qui, par son interprétation littérale des obligations dans les contrats de louage de services, qui avait créé des conditions favorables à l'exercice d'un pouvoir patronal plus ferme. Cet arrêt constitue aussi un contre exemple flagrant à une conception du droit du travail comme conquête progressive de droits au lendemain de la table rase que constituerait la loi Le Chapelier et l'héritage de la Révolution.

13 – Sur cette idée en général voir E. Serverin, *De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique*, Presses Universitaires de Lyon, 1985.

8 – Dans sa version initiale, l'article 1780 du Code civil disposait qu'« *on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée* ». Ce texte, analysé comme édictant la prohibition des engagements perpétuels, ne proclamait pas explicitement le droit de résiliation *ad nutum* du contrat de louage de service. Dans sa thèse de doctorat de 1896, Barthélémy soulignait qu'avant 1890, « *aucun principe de droit n'autorise la résiliation immédiate et sans indemnité du louage de services* »¹⁴. Dans la jurisprudence des juridictions du fond avant 1890, étaient reconnus deux cas d'indemnisation du salarié : d'une part la brusque rupture, sans respecter un délai de prévenance résultant d'une clause expresse ou tacite du contrat ou d'un usage ; d'autre part, l'absence de « *motif sérieux* » ou de « *motifs légitimes* » permettant d'accueillir des actions allant au-delà de la question du délai-congé et posant par exemple le problème de l'ancienneté du salarié dans son poste.

9 – La Cour de cassation, après quelques hésitations, met fin à cette jurisprudence. Au dossier des hésitations, les commentateurs versent en général un arrêt de rejet de la Chambre civile de 1859 concernant des dommages-intérêts versés à un chef de chant de l'Opéra congédié brusquement. Cet arrêt précise qu'« *il dépend de la volonté de l'une ou de l'autre des parties de faire cesser le louage de services sans détermination de durée, mais si la loi ne détermine aucun délai à observer, la renonciation ne peut être faite à contre-temps et d'une manière préjudiciable aux intérêts de l'autre partie* »¹⁵. Mais après avoir ainsi admis le dédommagement, la jurisprudence de la Cour de cassation se fixe en sens contraire en 1872 avec la cassation de deux arrêts de la Cour d'appel de Chambéry qui octroyait des dommages-intérêts à des cheminots congédiés par leur compagnie. Pour la Cour de cassation, « *nul n'est en faute et passible de dommages-intérêts, s'il n'a fait qu'user de son droit* »¹⁶.

14 – E. Barthélémy, *De la résiliation du louage de services*, Paris, A. Pedone, 1896 p. 18.

15 – Cité par Barthélémy, thèse précitée p. 28.

16 – Civ 5 février 1872 : DP 1873, 1, 64– voir aussi dans le même sens : Civ 5 août 1873, DP 1874, 1, 65 ; Civ 28 avril 1874, DP 1874, 1, 304 etc.

Ces arrêts de 1872 s'inscrivent dans un mouvement de « remontée » vers la Cour de cassation des actions en justice liées à l'exécution du contrat de travail¹⁷ ; ils témoignent d'une réaction de la Cour de cassation l'encontre des pratiques prudhomales fondées sur l'examen du contrat à la lumière des usages professionnels¹⁸, en faveur d'une interprétation littérale du contrat de travail qui donne à la *subordination* une portée générale¹⁹. C'est cette interprétation littérale qui va amener, après de longs débats parlementaires, le vote de la loi de 1890²⁰.

10 – Le texte finalement adopté pose d'abord explicitement le droit de résiliation unilatérale de l'employeur, établissant ainsi un *droit* que le Code civil, dans la formulation initiale de l'article 1780, laissait dans l'ombre : le droit de rompre *ad nutum* le contrat de travail. Par là, la loi s'inscrit explicitement dans le cadre d'une « *civilisation* » du contrat de travail, c'est-à-dire de son intégration dans les canons du droit civil tels qu'ils sont établis par l'exégèse du Code civil au cours du siècle dernier. Elle conforte une conception « patrimoniale » du contrat de travail envisagé comme une

17 – Sur la constitution d'un système judiciaire national, autour de l'activité nouvelle de la Cour de cassation comme recours ultime dans un procès voir Serverin 1985.

18 – Comp. par exemple, l'arrêt du 14 février 1866 qui désavoue un jugement des prud'hommes d'Aubusson, ayant écarté l'application des sanctions contenues dans un règlement d'atelier jugé abusif (cité par Cottureau, « Justice et injustice sur les lieux de travail d'après les audiences prudhomales (1806-1866) », *Le mouvement social* n° 141, 1987, p. 55).

19 – Cette subordination se fonde sur le besoin de travailler du travailleur que l'employeur ressent moins, surtout dans les situations où l'armée de réserve est suffisamment importante. Elle est revendiquée comme telle à la fin du siècle dernier par les Compagnies de chemins de fer à travers la liberté de congédier le salarié récalcitrant pour défendre l'autorité sans laquelle les trains n'arrivent pas à l'heure en toute sécurité selon une argumentation que Barthélémy résume de la manière suivante : « *Si les peines disciplinaires et surtout la révocation cessaient d'être à la disposition de ces sociétés, si les travailleurs avaient le droit de discuter devant les tribunaux la gravité de leurs fautes et les motifs de leur renvoi, s'ils avaient les moyens de se faire réintégrer, c'en serait fini de la discipline et de la hiérarchie* » (Barthélémy, p. 43).

20 – On recense des propositions de loi sur la question dès le début des années 1870. Les débats sur cette loi ont buté sur le refus du Sénat fortement influencé par le patronat, de reconnaître un droit à des dommages-intérêts en cas de congédiement « *sans motif légitime* » pour les agents des compagnies de chemins de fer (cf. Barthélémy, p. 62). Deux raisons peuvent expliquer le choix du Sénat : la première est la volonté de produire une loi de portée générale et pas limitée aux seuls agents des compagnies de chemins de fer. La seconde est le rejet de la notion de motif légitime qui ouvrirait la voie à la restauration de la situation antérieure à l'intervention de la Cour de cassation.

transaction entre deux volontés indépendantes. Mais en même temps, elle ouvre la possibilité pour le salarié victime de la rupture de demander des dommages-intérêts. Le nouveau texte oriente sans la définir totalement la manière d'évaluer les dommages-intérêts : « *pour la fixation de l'indemnité à allouer, il est tenu compte des usages, de la nature des services engagés, du temps écoulé, des retenues opérées et des versements effectués en vue d'une pension de retraite et de toutes les circonstances qui peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue du préjudice causé* ». C'est donc admettre que l'exercice d'un droit légalement reconnu peut donner lieu à dommages-intérêts. Par là, elle ouvre la voie à la réflexion doctrinale sur la notion d'« *abus de droit* » entendue à la fois comme affirmation et limitation d'un droit. C'est dans cet espace ouvert par la loi de 1890 que vont s'engouffrer les débats doctrinaux.

II – L'élaboration théorique de la notion d'abus de droit au tournant du XX^e siècle

11 – Au tournant du XIX^e et du XX^e siècles, l'activité doctrinale en France autour de la notion d'abus de droit est stimulée par les exemples de droit comparé. C'est ainsi Saleilles qui, en quelque sorte « ouvre le feu » en 1895, dans son « *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand* »²¹, à partir de ce qui devait devenir le § 226 du BGB : « *L'exercice d'un droit n'est pas permis quand il n'a pour but que de causer du dommage à autrui* »²². Et, quelques années plus tard, la discussion rebondit en France, dans le cadre de la réflexion sur la révision du Code civil français²³, à partir du projet de l'article 2 du Code civil suisse, « *L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi* »²⁴.

21 – Essai sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil allemand, 2^e ed, Paris, 1901.

22 – « Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen ».

23 – R. Saleilles, De l'abus de droit, rapport présenté à la première sous-commission de révision du Code civil, *Bulletin de la société d'études législatives*, t. 4, pp. 325-350, 1901.

24 – Au titre des exemples de droit comparé, on ajoutera cet article pionnier du Code civil du Monténégro de 1888 : « Tu as beau avoir un droit, tu ne peux t'en servir à seule fin de causer ennui ou dommage à autrui » (cité par E.H. Perreau).

A partir de ces exemples, se développent des débats qui sont toujours actuels dans la doctrine française d'aujourd'hui (A). Mais apparaît aussi une critique radicale de la notion d'abus de droit, qui a été occultée depuis par la doctrine (B).

A – La naissance des débats actuels

12 – Les débats doctrinaux du début du siècle se développent sur deux terrains, qui sont souvent très liés dans les écrits de l'époque. D'une part, il y a la question des frontières de la notion d'abus de droit. D'autre part, et surtout, il y a la question des critères permettant de retenir la responsabilité de celui qui abuse de son droit.

13 – a/ Sur le premier point, le débat est déjà présent dans l'ouvrage de Saleilles en 1895. Saleilles distingue en effet deux cas de figure, qu'il range tous deux sous la notion d'abus de droit, mais qui donnent lieu à une appréciation différente. Les abus de droit apparaissent surtout dans le cadre de ce que Saleilles appelle les « faits de liberté », c'est-à-dire l'exercice d'une faculté d'agir ; il y aura plus rarement abus de droit, lorsque la loi définit un droit spécifique, comme par exemple le droit de propriété. Dans ce cas « *pour être contraire aux bonnes mœurs et pour être anormal, un fait de propriété devra être bien autrement abusif qu'un fait de liberté* »²⁵. On reconnaît ici l'amorce de la distinction devenue aujourd'hui classique dans la doctrine française entre l'abus du droit et le mauvais exercice d'une liberté²⁶.

Saleilles reprend la question en 1905 dans le cadre du projet de révision du Code civil, alors qu'il est chargé d'examiner la jurisprudence sur l'article 1382, pour savoir s'il convient de proposer un article spécial sur l'abus de droit, dans une optique proche de celle des Codes allemands et suisses. Il est conduit alors à distinguer trois catégories de faits qui mettent en jeu l'idée de réparation²⁷. La première catégorie est constituée par

25 – *Op. cit.*

26 – Voir par exemple sur cette problématique l'intervention de G. Blanc sur l'abus de droit en droit des contrats.

27 – Art précité 1905 spec, p. 339.

les comportements qui sont extérieurs au droit : on est alors dans le domaine général de la liberté, et la responsabilité de l'auteur peut être engagée si son comportement a causé un dommage. La seconde catégorie correspond aux *risques* qui entourent l'exercice d'un droit licite, elle renvoie à l'idée de responsabilité sans faute comme dans le cas des accidents du travail ou de la circulation. Ces deux catégories demeurent à ses yeux dans le domaine de l'article 1382 et de la responsabilité, avec l'obligation de réparation qui s'en dégage. La troisième catégorie regroupant des faits en principe licites d'exercice d'un droit, mais « *contraires au droit, abusifs et désormais illégaux par le caractère antisocial du but intentionnel qui en marque la destination* »²⁸. Pour Saleilles, ce n'est que dans ce cas qu'il y a place pour une notion spécifique d'abus de droit, distincte du droit commun de la responsabilité civile, et qui mériterait de faire l'objet d'un texte spécial dans le Code : « *Si l'abus de droit peut trouver place dans le Code civil, il n'y a, si l'on veut compléter la pensée des auteurs du Code civil, telle qu'elle se trouve développée par la jurisprudence actuelle, qu'une seule place à lui attribuer, c'est d'en faire le complément de l'article 6 du Code civil* »²⁹. Il est remarquable que, pour ce cas, Saleilles estime que la sanction n'est pas seulement la réparation du préjudice causé par l'abus de droit, mais aussi une opposition préalable à exécution, c'est-à-dire une inefficacité de l'acte abusif³⁰. Cette position, qui aurait pu rapprocher l'abus de droit en droit français de la conception suisse³¹, a été bien oubliée.

14 – On a davantage gardé présente à l'esprit la contestation de la notion même d'abus de droit par Planiol, qui, à la même époque, marque de manière décisive ce débat sur les frontières de la notion³². Pour cet auteur, on le sait, dès lors qu'on est dans le cadre d'un droit spécifique, la

28 – *Op. cit.*, p. 339.

29 – *Op. cit.* p. 340.

30 – *Op. cit.* p. 339 et 347.

31 – Cf. d'ailleurs les références faites à ce propos à l'avant-projet du code suisse et aux conceptions de Huber faites par Saleilles lui-même, *op. cit.*, p. 347.

32 – Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, II, n° 909 et s.

question de l'abus de droit n'a pas lieu d'être, car on est dans son droit ou on y est pas : « *le droit cesse où l'abus commence* »³³. Cela est particulièrement le cas pour le droit de propriété, pour lequel l'intervention des juges ne se fait pas sur la base d'un abus de droit, mais dans l'optique d'une détermination plus précise du droit de propriété. On connaît la réponse virulente de Josserand, qui accuse Planiol de logomachie : pour Josserand, il est tout à fait possible de concevoir un acte qui serait à la fois conforme à un droit subjectif et contraire au droit (objectif)³⁴. Le débat sur ce point n'est pas clos aujourd'hui³⁵.

15 – b/ Les écrits doctrinaux de l'époque jettent également les bases du débat sur les critères de la responsabilité pour abus de droit. La question est aujourd'hui souvent ramenée à la controverse, plus tardive dans son expression définitive, entre Ripert et Josserand, le premier estimant que l'abus de droit ne peut être caractérisé que par l'intention de nuire, le second prônant le critère du détournement de la finalité sociale du droit. Cette opposition est présente dans la doctrine dès le début du siècle, mais elle y apparaît de manière plus nuancée et moins caricaturale. Ainsi, pour un auteur comme Saleilles, l'abus de droit se définit d'abord par l'existence d'une intention de nuire³⁶. Cependant, il estime nécessaire de sortir d'une conception subjective, psychologique de l'intention de nuire. Pour lui, « *cette condition, qui est une condition subjective en soi, n'est définie et ne serait définie que d'après sa matérialité objective... il y aurait, non pas à savoir exactement ce qu'a voulu celui qui l'a commis, mais à rechercher si, d'après les circonstances du fait, l'acte qu'il accomplit est susceptible de procurer un intérêt quelconque dont la loi ait pour mission de garantir la réalisation* »³⁷. Dans le cas où l'exercice du droit apparaît ainsi sans motifs légitimes, il apparaît comme ayant un « *but anti-social* », il sort des

33 – *Op. cit.*, n° 871.

34 – Notamment in *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927, n° 245.

35 – Il réapparaît sous la forme de la distinction entre les limites externes et les limites internes du droit : voir notamment sur ce point J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil* sous la direction de J. Ghestin, Introduction générale, 4^e ed, 1994, n° 697.

36 – Art précité 1905 p. 345.

37 – *Ibid*, p. 349.

« limites admises par les convenances sociales » et ne doit pas être protégé par la loi. Cette conception se traduit dans la rédaction que Saleilles propose pour le nouveau texte destiné à sanctionner l'abus de droit, et qui devrait faire suite à l'article 6 du Code civil : « *Un acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui, sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit, ne peut jamais constituer un exercice licite d'un droit* ». L'interdiction de l'abus de droit se situe ainsi par rapport à un autre ensemble de normes que le droit, celui des normes morales ou des convenances sociales. Ce qui se profile ainsi, au-delà de l'abus de droit, c'est une certaine forme de pluralisme juridique, la reconnaissance d'un droit social relevant d'une source différente de celle du droit étatique légiféré.

16 – C'est une autre approche qu'adopte Porcherot dans sa thèse de 1901 : pour cet auteur, l'apparition de la notion d'abus de droit est liée à une évolution de la signification même de droit. Cette évolution tient aux « *progrès énormes faits par l'idée de solidarité... Cette transformation a eu pour conséquence directe l'apparition d'une théorie qui, laissant enfin de côté l'idée égoïste d'un individualisme poussé à l'extrême, a restreint l'exercice illimité et inhumain d'une faculté consacrée par la loi et posée la conception vraiment sociale du droit* »³⁸. Porcherot reprend une idée proche de celle de Léon Duguit, pour qui le droit se définit par son but, c'est-à-dire le renforcement de l'interdépendance sociale³⁹. Cet objectif est selon Porcherot l'intention première du législateur, à partir de laquelle se comprend la portée des lois définissant les droits. Il en résulte une transformation de la nature du droit considéré par le juriste. Alors que dans l'optique de Saleilles, le droit est une faculté du sujet qui renvoie à la conception civiliste du droit comme élément du patrimoine, pour Porcherot : « *Avec la poussée des idées sociales et surtout sous la poussée du socialisme, la notion de droit s'est développée, et on peut dire, qu'à l'heure actuelle, le droit tend à devenir un ensemble de règles permettant à un individu de faire figure d'homme dans la société à laquelle il appartient ;*

38 – Thèse précitée p. 14.

39 – V. C. Didry, *De l'État aux groupes professionnels, les itinéraires croisés d'Emile Durkheim et de Léon Duguit (1880-1900)*, Genèses 2, dec 1990, 5-27.

d'où le pouvoir, pour l'individu, d'exiger non seulement le respect de sa vie, de sa liberté, de son patrimoine, mais encore le pouvoir d'exiger un fait positif des autres individus et de l'État »⁴⁰. Le droit se présente donc comme le pouvoir que la règle légale confère à l'individu.

17 – Dans une perspective qui tire le droit civil du côté du droit public, le critérium de l'abus de droit se trouve lui-même transformé. Il n'est plus possible de s'en tenir à la seule intention de nuire, dans l'usage d'un droit : il faudrait continuer à admettre que le droit se réduit à une faculté d'agir de l'individu. Le critère déterminant de l'abus de droit devient celui de la conformité de l'usage d'un droit à l'intention du législateur c'est-à-dire, en dernière instance, à une finalité économique et sociale. Ce faisant, la thèse de Porcherot préfigure l'ouvrage de Louis Josserand, qui, quatre ans plus tard, devait développer, dans sa thèse, la théorie de la « fonction sociale des droits », reprise et amplifiée ultérieurement dans son ouvrage de 1927, « *De l'esprit des droits et de leur relativité* »⁴¹.

B – Une critique radicale

18 – Si cette opposition entre intention de nuire et dépassement des buts sociaux dans l'usage des droits est devenue, depuis le début du siècle, un thème commun des débats doctrinaux, elle a occulté certaines voix discordantes qui, à cette époque, et dans une optique radicalement différente de celle de Planiol, aboutissaient à une critique radicale de la notion même d'abus de droit.

La notion d'abus de droit se comprend dans une conception du droit comme faculté d'action et dans une conception du droit comme instrumentation d'une politique sociale, au sein de laquelle les intentions du législateur et, au-delà, le critère de renforcement de la solidarité sociale permettent d'évaluer l'usage des droits. Elle est incompatible avec une conception du « *droit collectif* » telle qu'elle a été développée par

40 – *Ibid.*, p. 158.

41 – On peut aussi, à travers l'idée de solidarité, reconnaître l'amorce des conceptions qui seront développées dans les années 1930 par Demogue (cf. Jamin, art précité p. 8).

Emmanuel Lévy⁴², dans laquelle les droits subjectifs ne se dévoilent que les uns contre les autres dans l'expression d'un conflit d'intérêts.

19 – Dans la conception doctrinale standard, le droit est conçu comme définissant un usage défini de la liberté, sur le modèle du droit de propriété. La liberté est envisagée de manière générale, comme tout ce qu'on peut faire sans nuire à autrui. Dans cette sphère, la liberté consiste en un pouvoir d'agir absolu de l'individu. Tout change quand on pose que la liberté s'exerce dans les limites du droit d'autrui : le droit d'un individu se définit comme une possibilité relative d'agir. Lorsque, dans le cours de son action, il crée un dommage pour autrui, c'est qu'il a outrepassé les limites de son droit. Dans ce cas la notion d'abus de droit n'a pas de sens, car elle superpose deux « droits » : le droit de l'agent dont viendrait l'abus et le droit du lésé, violé par l'action mise en cause. Dans la perspective historique d'Emmanuel Lévy, les personnes qui agissent, les gens qui font des choses, sont *dans* le droit et n'en sortent pas. L'affirmation du droit collectif aboutit alors à une redéfinition de la responsabilité, dans l'exercice de leur liberté par les individus, à l'égard des dommages que leurs actions peuvent faire subir à autrui. En effet, comme le dit Lévy, « *grâce à l'affranchissement de la personnalité par rapport à la propriété, puis au patrimoine, puis à l'être même, nous avons tous les droits du moment que nous ne portons pas atteinte au droit d'autrui. C'est pourquoi j'ai pu dire ailleurs : nous sommes responsables envers les autres, non parce que nous agissons sans droit, mais parce que nous portons atteinte au droit d'autrui. C'est précisément quand nous agissons sans droit que nous ne sommes pas responsables : ainsi l'incapable qui contracte ne s'oblige pas contractuellement ; ainsi, l'administrateur de société, dans la mesure où il dépasse les pouvoirs sociaux, n'oblige pas la société* »⁴³. Le droit est un élément dans lequel la vie sociale se déroule, que les personnes habitent et dans lequel leurs interactions prennent sens. C'est en construisant la violation de ses droits, en se fondant sur des règles de droit, qu'une personne mobilise la machi-

42 – Voir notamment E. Lévy, Responsabilité et contrat, *Rev crit* 1899, p. 367 s.

43 – « L'exercice du droit collectif », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 95, repris dans Les fondements du droit, Paris, Félix Alcan, 1939, pp. 1-15.

ne judiciaire. Le droit ne se manifeste pas en dehors de ces situations de conflit d'intérêts, où un demandeur met en cause l'action d'une autre personne, le défendeur. On se dégage d'une vision du droit en terme de faculté autorisant l'exercice d'une liberté, pour considérer le droit à partir des règles qui permettent aux individus d'opposer leurs droits à celui qui les lèse par son action⁴⁴. La liberté ne se déduit pas de la règle de droit, à l'inverse, c'est la règle de droit qui se manifeste dans l'exercice de la liberté. La liberté accompagne alors la responsabilité. Et dans ce domaine, comme pour bien d'autres choses, le droit c'est les autres.

Conclusion

20 – Aujourd'hui, les tenants d'un « *droit collectif* » ou encore d'un « *socialisme juridique* », dans la lignée de Lévy, se sont tus. La conception d'un droit envisagé comme l'élément de la vie sociale a depuis longtemps perdu sa place dans les facultés de droit, du fait du recentrage sur la dimension technique du droit.

Depuis le début du XX^e siècle, après avoir brillé de tous ses feux dans les années 1920-1930, le débat doctrinal s'est émoussé⁴⁵. Mais, alors même qu'il s'est largement détaché de la « langue des juristes », on assiste aujourd'hui à une mobilisation grandissante de la notion d'abus de droit dans la langue du droit, c'est-à-dire dans les décisions de justice et les textes réglementaires et légaux. A la différence du droit suisse, qui a donné à l'abus de droit une place de principe général, l'abus de droit se dévoile ainsi progressivement dans le droit français, au sein notamment des domaines que lui avait assignés au début du siècle Porcherot : la résiliation du contrat de louage de services, le droit de grève, en droit du travail, le droit de propriété et les règles de voisinage, le droit de critique et le droit de réponse dans la presse, les créations littéraires liées de manière

44 – Cette conception de la règle de droit comme règle opposable dans un conflit d'intérêts et modèle d'évaluation de l'(inter)action préfigure celle de A. Jeammaud, *La règle de droit comme modèle*, DP 1990, chr p. 199s.

45 – Un auteur parle de « léthargie » : R. Marty, « Théorie de l'abus de droit ou l'éternelle question de la finalité des droits subjectifs », *Revue française de comptabilité*, avril 1998, p. 73s.

re plus générale aux problèmes de propriété intellectuelle, le droit de la procédure. Seul un examen de la place de l'abus de droit dans les différents domaines ouverts peut permettre aujourd'hui de comprendre la portée de cette notion dans la jurisprudence et dans la loi.

L'abus de droit en droit privé

Droit suisse